

O ABISMO ENTRE A LEI E O DIREITO NA ERA DO PROCESSO PENAL CAUTELAR E DA ANTECIPAÇÃO DE PENAS

EL ABISMO ENTRE LA LEY Y LA LEY EN LA ERA DE PROCEDIMIENTO PENAL PREVENTIVA Y DE ANTICIPACIÓN PENAS

Alexandre Morais da Rosa¹
Fernanda Mambrini Rudolfo²

SUMÁRIO: Introdução; 1 Lei e Direito; 2 Breve apresentação das principais teorias constitucionais; 3 Processo penal (in)constitucional; 4 A regra da exceção; 5 A lei em detrimentos dos direitos; 6 Medidas Cautelares; Considerações finais; Referências das fontes citadas.

RESUMO

Este artigo baseia-se na necessidade de se analisar cuidadosamente as medidas cautelares a serem aplicadas no direito processual penal, sempre sob o manto dos direitos assegurados na Constituição Federal. Como se sabe, o Estado Democrático de Direito tem o dever de assegurar aos cidadãos os direitos fundamentais por meios positivos e negativos, sem se cingir à mera aplicação na lei. Contudo, o que se pode observar no atual cenário jurídico é a cisão entre as normas positivadas e o direito, especialmente no caso das medidas de urgência. A cautelaridade, muito embora de caráter extraordinário, vem se tornando a regra e, em muitas hipóteses, transformando-se em antecipação de tutela no processo penal. É necessário, portanto, que os juízes procedam a uma análise da validade substancial das normas, promovendo a justiça, concretizando direitos fundamentais e harmonizando "lei" e "direito".

PALAVRAS-CHAVE: direitos fundamentais; Estado Democrático de Direito; lei; direito, medidas cautelares.

¹ Doutor em Direito (UFPR). Professor da UFSC e UNIVALI. Juiz de Direito.

² Mestre em Direito (UFSC). Assessora do MPSC. Autora do livro; A dupla face dos direitos fundamentais. Petrópolis: KBR, 2012.

RESUMEN

Este artículo se basa en la necesidad de analizar cuidadosamente las medidas de precaución que deben aplicarse en el derecho procesal penal, siempre bajo el manto de los derechos garantizados en la Constitución Federal. Como ustedes saben, el Estado democrático tiene el deber de garantizar a los ciudadanos los derechos fundamentales por medio positivo y negativo y no limitarse a la mera aplicación de la ley. Sin embargo, lo que se ve en el escenario actual es la división entre las normas legales y positivadas adecuadas, especialmente en el caso de las medidas de emergencia. El cautelaridad, aunque de carácter extraordinario, se ha convertido en la norma y, en muchos casos, convirtiéndose en la protección jurídica en los procedimientos penales. Por tanto, es necesario que los jueces realizar un análisis de la validez sustantiva de las normas, la promoción de la justicia, la implementación y armonización de los derechos fundamentales "ley" y "derecha".

PALABRAS CLAVE: derechos fundamentales; el Estado democrático de derecho; el derecho; la ley; las medidas cautelares.

INTRODUÇÃO

No atual cenário jurídico, direito e lei não podem ser considerados sinônimos, sob pena de se reduzir em muito a abrangência e a complexidade daquele. De outro lado, não pode haver entre ambos um abismo intransponível, como em muitas situações se observa. Por conseguinte, as leis devem ser compatíveis com a Constituição e capazes de resguardar/respeitar os direitos dos cidadãos; caso não o sejam, não podem ser aplicadas pelos magistrados em virtude de sua invalidade substancial.

No âmbito das medidas cautelares, a situação não é diferente: a lei deve respeitar o contraditório e a ampla defesa, o devido processo legal e demais direitos assegurados ao acusado ou meramente investigado. No entanto, muitas vezes, a lei se sobrepõe ao direito, deixando os magistrados de agir com senso de justiça social. Por isso, neste artigo, visa-se a esclarecer a dialética entre lei e direito, o objetivo das medidas cautelares e o papel assumido pelos juízes nesse sistema paradoxal.

1 LEI E DIREITO

Como costuma ocorrer em diversas ciências, o Direito não tem uma definição precisa e consensual, de acordo com a qual todos possam fundamentar suas teorias e seus estudos. Apesar disso, atualmente é possível afirmar que foi superado o entendimento de que o direito se iguala à lei, exigindo-se a conjugação de inúmeros elementos jurídicos a fim de se chegar a um resultado ao menos razoável.

Em uma realidade que preserva e promove o pluralismo, uma característica que não pode ser negada ao direito parece ser a ductibilidade, especialmente dentro da noção de Estado Constitucional. Assim, é possível falar em *coexistência*, *compromisso* e *maior plenitude de vida constitucional*, ou seja, trata-se de uma *dogmática jurídica fluida*, que apresenta os elementos necessários à época que regula. Assim, “El único contenido <<sólido>> que la ciencia de una Constitución pluralista debería defender rigurosa y decididamente contra las agresiones de sus enemigos es el de pluralidad de valores y principios”³.

Neste ponto do trabalho, importa fazer breve esclarecimento acerca das concepções do autor citado. Gustavo Zagrebelsky, professor de Direito Constitucional italiano, já foi juiz e presidente do Tribunal Constitucional italiano e possui diversas obras publicadas na área, apresentando-se como um dos maiores adeptos da teoria neoconstitucionalista, a qual se combaterá adiante. Tal divergência teórica não impede, contudo, que se utilizem excertos de sua obra, especialmente no que concerne à ideia de Constituição na sociedade moderna.

Após essa pequena digressão, retorna-se ao estudo do pluralismo como uma das principais características da Constituição, a fim de impedir o desrespeito aos valores consagrados em determinado momento histórico pela sociedade. Nesse contexto, a Carta Magna se mostra abstrata e geral, servindo como norteadora da atuação dos poderes estatais, que não devem se ater ao cumprimento da “lei”, mas preservar e promover os direitos constitucionalmente assegurados.

³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2011, p. 17.

Essa distinção (entre lei e direito) é irrefutável no Estado de Direito, em que a lei aventa como uma espécie de centralização do poder político e, nas hipóteses em que for vista como ato normativo supremo e irresistível, caracterizará também uma forma de absolutismo.

Por outro lado, o direito é universal e atemporal, cujas principais características devem ser a generalidade e a abstração. Uma ciência do direito reduzida ao positivismo jurídico não tem nenhum valor autônomo, especialmente diante da possibilidade de o legislador alterar facilmente todo o ordenamento jurídico através de apenas duas ou três expressões, muitas vezes até mesmo por ignorância.

A lei se torna, assim, instrumento de instabilidade, ensejando uma crise do princípio da legalidade, em virtude da perda de sentido, pulverização e incoerência das fontes do direito. Disso decorre que o direito não pode girar em torno da lei, caso contrário o direito se tornará casuístico, como esclarece Zagrebelsky:

El resultado de este proceso plural está, por su naturaleza, marcado por el rasgo de la ocasionalidad. Cada uno de los actores sociales, cuando cree haber alcanzado fuerza suficiente para orientar en su propio favor los términos del acuerdo, busca la aprobación de nuevas leyes que sancionen la nueva relación de fuerzas. Y esta ocasionalidad es la perfecta contradicción de la generalidad y abstracción de las leyes, ligadas a una cierta visión radical del derecho impermeable al puro juego de las relaciones de fuerza.⁴

É por esse motivo que não se pode confundir a lei, que não passa de escolha do legislador, conforme suas conveniências e pretensões em determinado momento histórico, com os direitos assegurados – mesmo implicitamente – pela Constituição, que configuram pretensões subjetivas absolutas, válidas independentemente de lei que as assegure.

⁴ Idem, p. 37.

O que se busca, por conseguinte, é a harmonização entre a legislação infraconstitucional e os direitos fundamentais, previstos ou não na Constituição, de forma a se diminuir a fragmentação do direito e a se facilitar a atuação judicial. Nesse diapasão:

La problemática coexistencia entre los distintos aspectos que constituyen el derecho (derecho, justicia, ley) y la adecuación entre casos y reglas son cuestiones que exigen una particular actitud espiritual por parte de quien opera jurídicamente. A esta actitud, que guarda una estrecha relación con el carácter práctico del derecho, se le denomina <<razonabilidad>> y alude a la necesidad de un espíritu de <<adaptación>> de alguien respecto a algo o a algún otro, con el fin de evitar conflictos mediante la adopción de soluciones que satisfagan a todos en el mayor grado que las circunstancias permitan. [...] Retornan en este punto las imágenes de la ductibilidad y de la zorra con que se comenzó describiendo las aspiraciones plurales de las actuales sociedades, aun cuando en la metáfora política clásica la zorra representa la astucia sin prejuicios y cínica, mientras que ahora la astucia que se precisa carga con el peso de muchas tareas, de muchas responsabilidades.⁵

Contudo, ainda há uma distância muito grande entre as normas positivadas e os direitos. Diante disso, não se espera que os juízes simplesmente apliquem a lei, sem qualquer compromisso com os direitos a serem assegurados, mas que empreguem apenas leis substancialmente válidas dentro de determinado ordenamento jurídico. Os magistrados, portanto, não obstante não sejam responsáveis pela confecção das leis, têm o dever de aplicá-las de modo compatível com os direitos. Como não poderia deixar de ser, não se pode atribuir ao Poder Judiciário a função de redigir e aprovar leis, nem sequer de decidir a seu livre-arbítrio por afastar o emprego de determinada regra a um caso

⁵ Idem, p. 147.

concreto. O que se espera é que o Judiciário exerça seu papel de garante através da verificação de “compatibilidade” entre as leis e os direitos. A respeito do tema, destaca-se o seguinte excerto:

Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia.⁶

Os juízes não possuem, por conseguinte, apenas funções jurídicas, mas também políticas, na medida em que devem realizar o controle das leis formais em face da Constituição e dos direitos nela consagrados.

2 BREVE APRESENTAÇÃO DAS PRINCIPAIS TEORIAS CONSTITUCIONAIS

A fim de melhor situar o papel do Poder Judiciário como garantidor de direitos fundamentais, é importante abordar, mesmo de forma superficial diante da complexidade das modernas teorias constitucionais, o neoconstitucionalismo e o constitucionalismo garantista. Trata-se de duas teorias que não podem ser confundidas, não obstante este seja um equívoco observado com frequência. No tocante ao tema, Luigi Ferrajoli, ao defender as ideias da teoria que denomina constitucionalismo rígido (garantismo), esclarece:

[...] o constitucionalismo pode ser concebido de duas maneiras opostas. De um lado, ele pode ser entendido como a superação – em sentido tendencialmente jusnaturalista – do positivismo jurídico; ou, de outro, como o seu complemento. A primeira concepção, etiquetada como

⁶ Idem, p. 153.

“neoconstitucionalista”, é certamente a mais difundida. A finalidade desta intervenção é sustentar, ao contrário, uma concepção juspositivista do constitucionalismo, que aqui chamarei “garantista”.⁷

Uma análise mais aprofundada - e também mais justa - do neoconstitucionalismo deveria ser objeto de obra completa, assim como sua distinção do garantismo. No entanto, é importante traçar ao menos seus contornos para situar as funções atribuídas ao Poder Judiciário como braço do Estado e, desta forma, também garante dos direitos fundamentais.

Por um lado, o garantismo trabalha com a ideia de separação entre direito e moral, entre ser e dever ser, entre efetividade e normatividade. O direito funciona, assim, como um sistema de controle ao Estado para a proteção de bens e interesses cuja relevância exija sua garantia, sem relativizar o conteúdo das normas. Vejamos:

O constitucionalismo rígido, como escrevi inúmeras vezes, não é então uma superação, mas sim um reforço do positivismo jurídico, por ele alargado em razão de suas próprias escolhas – os direitos fundamentais estipulados nas normas constitucionais – que devem orientar a produção do direito positivo.⁸

Já o neoconstitucionalismo baseia-se preponderantemente nas seguintes premissas:

- a) mais princípios do que regras;
- b) onipresença judicial;
- c) ponderação acima da subsunção (muito embora esta também deva ocorrer).

⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo**. In: IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2010, p. 33.

⁸ Idem, p. 37.

A respeito do assunto, Luis Prieto Sanchis leciona:

El neoconstitucionalismo reúne elementos de estas dos tradiciones: fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional.⁹

[...] más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.¹⁰

Dentro da teoria neoconstitucional, a proporcionalidade serve à mitigação de determinados direitos em prol de outros, considerados mais relevantes em determinado caso concreto (técnica denominada pela doutrina e pela jurisprudência de ponderação ou sopesamento), o que não é aceito na concepção da teoria garantista.

Isso pode resultar em decisões judiciais baseadas meramente em convicções íntimas e morais, sob o argumento de se aplicar o sopesamento. Sobre o tema, extrai-se da obra de Miguel Carbonell:

Además, los jueces se las tienen que ver con la dificultad de trabajar con "valores" que están constitucionalizados y que requieren una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y

⁹ SANCHIS, Luis Prieto. **Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial.** In: (Neo)constitucionalismos. Org. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003, p. 126.

¹⁰ Idem, p. 131-132.

razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos. Y todo ello sin que, tomando como base tales valores constitucionalizados, el juez constitucional pueda disfrazar como decisión del poder constituyente, lo que en realidad es una decisión más o menos libre del propio juzgador. A partir de tales necesidades se generan y recrean una serie de equilibrios nada fáciles de mantener.¹¹

O seguinte excerto de palestra proferida por Luigi Ferrajoli na cidade de Curitiba em 2010 é extremamente relevante para compreender a distinção entre o constitucionalismo garantista (também conhecido como constitucionalismo rígido, diante da impossibilidade de se o aplicar em ordenamentos que não apresentam constituições rígidas) e o neoconstitucionalismo:

Em síntese, bem mais que no modelo neoconstitucionalista – que confia a solução das aporias e dos conflitos entre direitos à ponderação judicial, inevitavelmente discricionária mesmo quando argumentada, enfraquecendo, assim, a normatividade das Constituições e a fonte de legitimação da jurisdição –, o paradigma do constitucionalismo rígido limita e vincula de modo bem mais forte o Poder Judiciário, em conformidade com o princípio da separação de poderes e com a natureza tanto mais legítima quanto mais cognitiva – e não discricionária – da jurisdição. Os juízes, com base em tal paradigma, não podem criar normas, o que implicaria uma invasão no campo da legislação, mas somente censurar a sua invalidade por violação à Constituição, anulando-as no âmbito da jurisdição constitucional, ou, então, desaplicando-as ou suscitando exceções de inconstitucionalidade no âmbito da jurisdição ordinária; em ambos os casos, intervindo, assim, não na esfera legítima, mas na esfera ilegítima da política. A legitimidade da jurisdição se funda,

¹¹ CARBONELL, Miguel. **El neoconstitucionalismo en su laberinto**. In: Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Org. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2007, p. 10.

na verdade, a meu ver, sobre o caráter mais cognitivo possível da subsunção e da aplicação da lei, dependente por sua vez – bem mais do que pela formulação como regra – do grau de taxatividade e de determinação da linguagem legal; enquanto a indeterminação normativa e a consequente discricionariedade judicial são um fator de deslegitimação da atividade do juiz. O cognitivismo judiciário (*veritas non auctoritas facit iudicium*), mesmo como ideal regulativo, é, na verdade, a outra face do princípio da legalidade (*auctoritas non veritas facit legem*).¹²

Em continuação, traz outras características presentes na teoria garantista:

Ao contrário, o constitucionalismo garantista, teorizando o desnível normativo e a consequente divergência entre normas constitucionais sobre a produção de normas legislativas produzidas, impõe reconhecer, como sua inevitável consequência, o direito ilegítimo inválido por comissão ou inadimplente por omissão, porque violam seu “dever ser jurídico”. E, portanto, confere à ciência jurídica um papel crítico do próprio direito: das antinomias, geradas pela indevida presença de normas em contraste, e das lacunas, geradas pela indevida falta de normas implícitas em princípios constitucionais. Comporta, em síntese, o reconhecimento de uma normatividade forte das Constituições rígidas, em razão da qual, posto um direito fundamental constitucionalmente estabelecido, se a Constituição é levada a sério, não devem existir normas com ele em contradição e deve existir – no sentido de que deve ser encontrado através de interpretação sistemática, ou deve ser introduzido mediante legislação ordinária – o dever correspondente por parte da esfera pública. Trata-se de uma

¹² FERRAJOLI, L. op. cit., 2010, p. 41.

normatividade relacionada, em via primária, à legislação, à qual impõe evitar as antinomias e colmatar as lacunas com leis idôneas de atuação; e, em via secundária, à jurisdição, à qual impõe remover as antinomias e apontar as lacunas.¹³

Diante do controle da validade substancial das normas e do poder conferido ao Judiciário para que solucione as situações incompatíveis com a Constituição, opta-se por adotar a teoria garantista como marco para este estudo. O neoconstitucionalismo deve ser afastado, em virtude da incompatibilidade da ideia de ponderação ou sopesamento com a supremacia constitucional, mormente ao se tratar dos direitos fundamentais envolvidos no processo penal e nas medidas cautelares processuais, conforme se verá adiante.

3 PROCESSO PENAL (IN)CONSTITUCIONAL

O Código de Processo Penal vigente remonta à primeira metade do século passado (1941), ou seja, foi elaborado no bojo de uma cultura jurídica que partia de uma concepção de culpabilidade antecipada à condenação definitiva, sem se preocupar com os direitos fundamentais afetados. Com o advento da Constituição Federal de 1988, esse diploma tornou-se absolutamente despropositado em alguns aspectos, motivando a edição de leis que atualizassem sua redação e o ajustassem à nova ordem constitucional.

Nessa linha, a lei nº 12.403/11, que trata das medidas cautelares – dentre elas, a prisão preventiva -, teve como objetivo justamente adequar o processo penal brasileiro aos princípios constitucionais, respeitando os direitos fundamentais do indiciado ou acusado, bem como dos demais cidadãos.

A redação aprovada, contudo, ficou ainda muito aquém do que seria exigível em um Estado Constitucional de Direito, mesmo porque visa em grande parte a atender às expectativas de uma sociedade com pouco acesso à educação formal e altamente influenciada por uma mídia incompetente. Acerca do tema, Rui

¹³ Idem, p. 50-51.

Cunha Martins destaca:

A quem se dirige, hoje, o processo penal quando pretende colocar-se sob o signo da celeridade? Às expectativas. Dirige-se a determinado quadro de expectativas. E de quem fica refém esse mecanismo de estabilização normativa que é o direito sempre que, acossado por operadores que disputam em novos moldes a sua área político-funcional de actuação, opta por embarcar em lógicas estranhas ao seu código genético, ou, ao invés, por crispar a sua posição em torno de uma nostalgia da ordem perdida? Das expectativas. Em ambas as hipóteses, fica refém das expectativas – sociais, processuais, normativas, ou outras.¹⁴

Desta feita, preza-se mais o famigerado princípio da celeridade no processo penal (que parece ter relevância muito maior enquanto o indiciado/acusado/condenado está solto, por mais paradoxal que isso possa parecer) do que os direitos fundamentais à liberdade e à ampla defesa. Nesse sentido:

Os indicadores de um assalto mais ou menos ostensivo da lógica da celeridade a determinadas garantias inarredáveis traduzem-se aí, por exemplo, numa argumentação preocupada em demonstrar que as duas exigências – a da celeridade e a das garantias processuais – são compagináveis, ainda quando parece o contrário.¹⁵

O único resultado obtido dessa forma vem sendo a perpetuação do sistema, que continua a punir de maneira mais intensa a parcela já marginalizada da população. A respeito do assunto, Lédio Rosa de Andrade esclarece:

Em relação ao Direito Penal positivo, viu-se que seu

¹⁴ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**. The brazilian lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 51.

¹⁵ Idem, p. 71.

significante (lei escrita) e seus significados (decisões dos magistrados e interpretações) construíram um sistema diferenciador, no qual restam bastante claros seus objetivos valorativos, de classe e manutenção de uma estrutura socioeconômica determinada. O papel das leis penais, primordialmente, é manter esta estrutura e punir severamente os membros das classes subalternas que ousarem atacá-la.¹⁶

A respeito do tema, importa mencionar novamente a obra de Rui Cunha Martins, ao tratar da decisão penal como junção entre os sistemas jurídico e social:

E no caso concreto da decisão penal? Uma vez que ela constitui, para todos os efeitos, o resultado de um processo de comunicação entre o sistema jurídico, onde ela reside, e o sistema social que, visto-lo de vários ângulos, interfere naquele, requerendo o preenchimento de expectativas e promovendo graus de adequação a lógicas epistêmicas e técnicas conotadas com o senso comum, poderá a decisão penal ser outra coisa que não uma questão de opção entre a emergência do acontecimento e a sua omissão?¹⁷

O que se percebe através de breve análise das decisões penais no Poder Judiciário brasileiro é que, muito embora o processo penal devesse se coadunar com a Constituição, em geral se caracteriza como seu maior inimigo. Desrespeitam-se inúmeros direitos fundamentais, esquecendo-se completamente seu caráter político e social. Um dos principais casos em que se observa esse paradoxo diz respeito justamente às medidas cautelares, apesar de seu caráter temporário e até mesmo precário.

4 A REGRA DA EXCEÇÃO

¹⁶ ANDRADE, Lédio Rosa de. **Direito penal diferenciado**. Florianópolis: Conceito, 2009, p. 83.

Como se vem afirmando, é frequente observar o desrespeito ao direito no cumprimento das leis, isolando-se os juízes no mundo dos Códigos e exaltando um positivismo incompatível com o contexto político, sociológico, jurídico e econômico. Também no âmbito das medidas cautelares é possível observar esse “fenômeno”, através do caráter penal a elas conferido, o que enseja o inchaço do sistema carcerário (já extremamente saturado) e revela a arbitrariedade - comumente disfarçada de mera discricionariedade - exercida por alguns membros do Poder Judiciário.

Atualmente, preza-se por uma visão moderna do direito processual penal, em que este é compreendido como instrumento de concretização de preceitos constitucionais. Evidentemente, as medidas cautelares não podem ser excluídas dessa compreensão, especialmente porque se trata de instituto que visa a proteger precipuamente o processo em si, conforme esclarece Denilson Feitoza:

A intervenção no direito fundamental de liberdade somente de justificará constitucionalmente se houver necessidade, ou seja, dentre as medidas restritivas de direitos fundamentais, devemos escolher aquela que menos interfira no direito fundamental de liberdade e que ainda seja capaz de proteger o *interesse público* para o qual foi instituída (por exemplo, proteger a efetividade do processo penal). 18

Devem estar presentes, pois, o *fumus boni juris* (plausibilidade do direito material, que, no processo penal, deve ser denominada *fumus comissi delicti*) e o *periculum in mora* ou, mais adequado, *periculum libertatis*. Sua aplicação baseia-se, em geral, nos princípios da proporcionalidade, da necessidade, da liberdade e da inocência. Aury Lopes Jr., de forma mais detalhada, arrola os seguintes princípios das prisões cautelares¹⁹: jurisdicionalidade e motivação, contraditório, provisionalidade, provisoriedade, excepcionalidade e proporcionalidade.

¹⁷ MARTINS, R. C., op. cit., p. 79.

¹⁸ FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. Belo Horizonte: Impetus, 2009, p. 830-831.

¹⁹ LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. 1. Rio de

O próprio Código de Processo Penal, após a alteração realizada pela Lei n. 12.403/11, previu expressamente a observância dos seguintes preceitos:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - **necessidade** para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - **adequação** da medida à **gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais** do indiciado ou acusado.

Constata-se, assim, que o legislador consagrou o princípio da proporcionalidade (entendido como o binômio necessidade e adequação das medidas a serem aplicadas), previsto implicitamente na Constituição Federal e diretamente ligado à garantia dos direitos fundamentais. Edilson Mougenot Bonfim afirma, contudo, tratar-se de um trinômio, evitando decisões desprovidas de fundamento, nos seguintes termos:

Conforme se depreende da análise dos pressupostos, existe um juízo escalonado e sucessivo para a apreciação das medidas cautelares. Tais medidas pautar-se-ão pelo binômio necessidade - adequação, em um primeiro momento, vez que devem ser suficientes para evitar a prática de infrações penais e, ao mesmo tempo, assegurar a aplicação da lei penal, bem como devem ser adequadas à finalidade para que se instituídas.

Seguidamente ao juízo de adequação, deve-se questionar da gravidade do crime, circunstâncias de fato e condições pessoais do indiciado ou acusado, evitando-se a imposição

de medidas desproporcionais e desarrazoadas. Logo, não se fala exatamente em “binômio”, mas em um “trinômio” de requisitos.²⁰

Ademais, necessário salientar que 1) o fim ao qual a medida deve se adequar deve ser aquele que *detenha legitimidade constitucional e relevância social*; 2) a violação ao princípio da proporcionalidade caracteriza a nulidade do ato (ou seja, sem possibilidade de convalidação).

Ainda quanto aos requisitos para aplicação correta das medidas cautelares, Marcellus Polastri afirma que “as cautelares penais deverão ter características fundamentais, que são indicadas, quase à unanimidade, pela doutrina, e a elas se agregam outras específicas”²¹: acessorialidade; preventividade; instrumentalidade hipotética; provisoriedade; revogabilidade; não definitividade; referibilidade; e jurisdicionalidade.

Frise-se que o processo penal tem categorias próprias, o que inviabiliza a aplicação da Teoria Geral do Processo, voltada especialmente ao processo civil. Deve-se evitar, assim, um discurso semelhante ao da esquerda punitiva, conforme esclarece Maria Lúcia Karam:

Parecendo ter descoberto a suposta solução penal e talvez ainda inconscientemente saudosos dos paradigmas de justiça dos velhos tempos de Stalin (um mínimo de coerência deveria levar a que em determinadas manifestações de desejo ou aplauso a acusações e condenações levianas e arbitrárias se elogiassem também os tristemente famosos processos de Moscou), amplos setores da esquerda aderem à propagandeada ideia que, em perigosa distorção do papel do Poder Judiciário, constrói a imagem do bom magistrado a partir do perfil de

²⁰ BONFIM, Edilson Mougenot. **Reforma do Código de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 30.

²¹ POLASTRI, Marcellus. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 543-545.

condenadores implacáveis e severos. 22

Assim, a noção mais relevante para os fins a que visa este trabalho, cujo objetivo é compatibilizar o Código de Processo Penal e sua aplicação com a Constituição Federal, especialmente quanto às medidas cautelares, encontra-se na seguinte disposição:

Destaco dois pontos muito relevantes na Lei 12.403, de 04 de maio de 2011:

- a adoção do modelo polimorfo, que rompe com o binário reducionista de prisão cautelar ou liberdade provisória, para oferecer ao juiz um rol de medidas alternativas à prisão preventiva;
- a revitalização do instituto da fiança, completamente esquecido e sem aplicabilidade até então.

[...]

Mas de nada servirá uma mudança legislativa dessa magnitude se não houver o principal: o rompimento da cultura inquisitorial-encarcerizadora dominante. 23
(grifou-se)

Diante do que foi exposto, é inegável que os princípios de proibição de excesso de proibição e de proteção deficiente (conceito mais refinado de proporcionalidade, sobre o qual não se tem espaço para discorrer neste momento) devem ser aplicados no momento da definição da medida cautelar cabível. Não se pode admitir que direitos fundamentais do indiciado ou acusado sejam feridos a fim de preservar o regular andamento do processo. Por outro lado, também não se podem ferir direitos fundamentais dos demais cidadãos através da omissão quanto à medida cautelar cabível.

²² KARAM, Maria Lúcia. **A esquerda punitiva**. In: **Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro, n. 1, p. 79-92, 1996, p. 80.

Para ilustrar a primeira situação, cita-se o Habeas Corpus n. 70043931617, julgado em 11 de agosto de 2011 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tendo como Relator o Desembargador José Antônio Cidade Pitrez, em que a gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes foi utilizada como fundamento para a manutenção da prisão cautelar.

Quanto à hipótese de proteção estatal insuficiente, pode-se destacar decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Habeas Corpus n. 2011.051022-0, julgado em 01 de agosto de 2011, Relator Desembargador Jorge Schaefer Martins), que substituiu a prisão preventiva pela proibição de manter a atividade comercial (como se o estabelecimento fosse pré-requisito ao cometimento do delito de receptação) e pelo recolhimento durante a noite e os dias de folga (partindo-se do pressuposto de que o acusado exercerá outra atividade, legal, no decorrer do processo). Não houve sequer a imposição de fiança, o que parece caracterizar proteção estatal deficiente, não obstante seja a prisão preventiva agora a *ultima ratio*.

Tais princípios foram mencionados e brevemente elucidados a fim de se destacar o caráter excepcional das medidas cautelares que vêm se tornando a praxe no cotidiano forense.

5 A LEI EM DETRIMENTO DOS DIREITOS

Nos casos descritos, o órgão julgador respeitou a lei escrita, mas não analisou sua validade diante da Constituição Federal e dos direitos que devem ser assegurados. De acordo com a teoria garantismo, ser e dever ser são conceitos absolutamente apartados no direito, o que enseja a separação também de vigência e validade da lei. Portanto, jamais se admite a aplicação judicial de uma lei substancialmente inválida, que não esteja em consonância com os direitos protegidos.

É atribuição dos magistrados analisar a validade substancial da norma a ser

²³ LOPES Jr., A., op. cit., 2011, p. 55.

aplicada, abstendo-se de decidir incondicionalmente com fundamento na lei formal. Trata-se do exercício de função política, visando ao equilíbrio e à harmonia dos Poderes, caracterizando o Estado Democrático de Direito.

Como se vem afirmando, uma norma é justa se merece uma valoração positiva a partir de um critério moral/extrajurídico; é válida se não padece de vícios materiais ou substanciais, ou seja, se não contradiz norma hierarquicamente superior (Constituição); é vigente se não padece de vícios meramente formais; é eficaz quando observada pelos destinatários.

Assim, a atuação judicial deve ser pautada pela legalidade e por uma teoria de cognoscitiva de interpretação, a fim de analisar não apenas a vigência, mas a validade da lei. O juiz deve aplicar a lei sem despeitar o direito. Caso tal controle não fosse possível, constatar-se-ia uma espécie de absolutismo, exercido pelo legislador, completamente contrário à noção de Estado consagrada pela Constituição Federal.

Quando fere direitos fundamentais, a lei desrespeita a Constituição e é, portanto, inválida. É justamente esse o paradigma da democracia constitucional, conforme esclarece Ferrajoli:

“O paradigma da democracia constitucional não é outro que a sujeição do direito do direito gerada por essa dissociação entre vigor e validade, entre mera legalidade e estreita legalidade, entre forma e substância, entre legitimação formal e legitimação substancial, ou se se quer, entre as weberianas “racionalidade formal” e “racionalidade material”.”²⁴

Impende-se concluir, pois, que a coerência do conteúdo das leis com os princípios e justiça constitucionalmente estabelecidos deve ser verificada para que uma lei seja válida, não apenas a conformidade das suas formas às normas procedurais sobre a sua elaboração. Mesmo porque é frequente que o legislador

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 27.

edite normas sem o conhecimento necessário da matéria, hipótese em que também compete ao Poder Judiciário remediar a situação, buscando o espírito da lei, não apenas aplicando sua letra.

Os direitos fundamentais são, portanto, fontes de invalidação e deslegitimação de normas incompatíveis, mesmo que não padeçam de qualquer vício formal. Pode-se falar, assim, em uma concepção juspositivista de constitucionalismo. Acerca do tema, interessante transcrever o seguinte excerto da obra de Dieter Grimm:

“El incremento de las tareas del Estado de halla en el primer plano de las transformaciones. Hasta la fecha se ha nutrido, sobre todo, de dos fuentes: la primera puede definirse con la palabra clave de la *inclusión*, entendiendo por tal la inclusión de la totalidad de la población en las prestaciones de todos los sistemas sociales parciales.”²⁵

Como se vem tentando demonstrar, o rol de tarefas atribuídas ao Estado aumentou e, no ordenamento jurídico vigente, inclui concretizar os direitos, o que obriga os juízes a analisarem de forma crítica as normas e os casos que se lhe apresentam. Nesse sentido, leciona Luigi Ferrajoli:

“Enfim, o ponto de vista do direito vigente exprime, com relação à fenomenologia empírica dos ordenamentos e ao relativo ponto de vista sociológico externo, o dever ser normativo do concreto funcionamento do direito, é por isso, também este, um ponto de vista crítico e normativo em relação ao que de fato acontece.”²⁶

6 MEDIDAS CAUTELARES

²⁵ GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Trad. Raúl Sanz Burgos e José Luiz Muñoz de Baena Simón. Madrid: Trotta, 2006, p. 187-188.

²⁶ FERRAJOLI, L. op. cit., 2011, p. 95.

Não se pretende, neste tópico, conceituar novamente medidas cautelares ou analisar detidamente seus pressupostos legais, mas entender qual é a real função do instituto, em contraposição ao que se constata na prática.

Deve-se ter em vista que o processo existe justamente para retardar a decisão condenatória, de modo a permitir a produção de provas, a análise da história apresentada pelas partes e a reflexão do magistrado. No entanto, não é dessa forma que a justiça (especialmente a brasileira) tem funcionado, antecipando as penas através de medidas de urgência, que caracterizam a mera e absurda antecipação da tutela no processo penal, e impedindo que o processo transcorra de acordo com os direitos constitucionalmente assegurados.

A respeito do tema, Aury Lopes Jr. Esclarece:

O contraste entre a dinâmica social e a processual exige uma gradativa mudança a partir de uma séria reflexão, obviamente incompatível com o epidérmico e simbólico tratamento de urgência. O processo nasceu para retardar a decisão, na medida em que exige tempo para o *jogo* ou a *guerra* se desenvolva, segundo as regras estabelecidas pelo próprio espaço democrático. Logo, jamais alcançará a hiper-aceleração, o imediatismo característico da virtualidade.²⁷

A urgência deixou de ser uma categoria extraordinária e a celeridade a todo custo passou a integrar o sistema. Além do risco inerente a qualquer processo, a aceleração aparece como agravante dessa instabilidade. A realidade não funciona como os autos, em que “certeza”, “segurança”, “provas” e “verossimilhança” costumam figurar como protagonistas... a realidade é incerta, instável, variável e arriscada.

Não se pode negar que em todo o processo há um risco: por mais bem instruído que esteja, por mais que se tenham respeitado todos os direitos fundamentais,

²⁷ LOPES Jr., Aury. **Processo penal, tempo e risco: quando a urgência atropela as garantias.** In: Processo penal: leituras constitucionais. Org. Gilson Bonato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 33-34.

por mais que o tempo decorrido entre o suposto desrespeito às normas e a condenação tenha sido adequado, é possível cometer graves erros. É justamente por isso que as medidas cautelares devem ser limitadas a situações absolutamente excepcionais.

No que concerne à substituição de medidas cautelares por antecipatórias de tutela, completamente incompatíveis com o sistema processual penal, importa citar novamente a obra de Aury Lopes Jr.:

As medidas de urgências deveriam limitar-se a um caráter "conservatório" ou "preservativo", até que regresse a normalidade, quando então seria tomada a decisão de fundo. Contudo, isso hoje foi abandonado, e as medidas verdadeiramente "cautelares" e "provisionais" (ou situacionais e temporárias), estão sendo substituídas por antecipatórias de tutela (dando-se hoje o que deveria ser concedido amanhã, sob o manto da artificial reversão dos efeitos, como se o direito pudesse avançar e retroagir com o tempo) com a natural definitividade dos efeitos.²⁸

É por isso que se vem insistindo na responsabilidade dos magistrados, que devem decidir de forma a preservar e promover os direitos, não se cingindo à aplicação da lei. O que se percebe na prática forense, infelizmente, é o contrário: quando os juízes fogem da literalidade da lei, é justamente para aumentar o caráter sancionatório das medidas cautelares, sob o argumento de defesa da sociedade.

O Judiciário carece de senso de justiça social, de uma visão menos estreita e de conhecimento interdisciplinar, não de magistrados especialistas em decorar dispositivos legais e repetir brocardos. A técnica sozinha é insuficiente para atender aos objetivos do Estado do Direito, conforme esclarece Allan Hutchinson:

To be worthy of the highest professional prestige, lawyers

²⁸ Idem, p. 31.

and judges must nurture a sense of social justice and a feel for political vision. Without these qualities, they will more likely become one hired hands for vested interests. [...] Judges and jurists cannot so easily evade taking responsibility for the artifacts and outcomes of their crafted performances by taking refuge in matters of technical consistency and internal coherence. In the same way a block of wood has only whatever shape and symmetry that it happened to pick up at the last turn of the carpenter's lathe, the law possesses only whatever shape and symmetry that it happened to acquire during the last occasion for legal crafting.²⁹

Por conseguinte, os juízes devem corresponder à confiança neles depositada e à expectativa que se cria quanto à promoção da justiça, harmonizando a lei e o direito, nos termos lecionados por Gustavo Zagrebelsky:

La Constitución del presente siglo – podría afirmarse – fragmenta el derecho, al separar la ley de los derechos, e impone la elaboración de una concepción jurídica que sea recomposición armónica de la primera con los segundos y en la que ambos componentes vean reconocido aquello que les resulta propio.³⁰

No caso das medidas cautelares, não basta analisar critérios objetivos e restringir direitos de indiciados ou acusados com fundamento meramente formal. É imprescindível que as medidas de urgência tenham caráter extraordinário e sejam aplicadas somente quando o risco da omissão estatal seja muito maior do que a aquele do desrespeito indevido aos direitos da parte.

Já se mencionou que a lei é expressão do poder político e, por esse motivo, se não puder ser combatida – especialmente pelos magistrados –, tornar-se-á uma

²⁹ HUTCHINSON, Allan C. **Laughing at the Gods**. New York: Cambridge University Press, 2012, p. 11.

³⁰ ZAGREBELSKY, G., op. cit., p. 51.

forma de absolutismo. Não se fala em permitir aos juízes decidir independentemente do que dispõe a lei, mas de analisar de forma crítica seu conteúdo em face da Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz de tudo o que foi exposto, não se pode negar o abismo existente entre a lei e o direito, especialmente no Brasil. Apesar de não serem sinônimos, deveriam caminhar em sintonia, o que não ocorre, notadamente quando o poder legislativo é conferido a pessoas com pouco conhecimento sobre as matérias objeto de regulamentação.

No caso das medidas cautelares, a situação não é diferente, sendo comum a aplicação literal da lei sem analisar sua compatibilidade com os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal. Compete, pois, aos magistrados, realizar uma leitura crítica dos dispositivos legais e deixar de aplicá-los quando desrespeitem princípios constitucionais ou aplicá-los de forma compatível com a Carta Magna.

Por conseguinte, a atuação dos juízes não se limita ao âmbito jurídico, incluindo atribuições políticas, a fim de evitar o surgimento de uma nova forma de absolutismo – do Poder Legislativo.

As medidas cautelares têm caráter excepcional e visam a resguardar basicamente o processo em si, razão pela qual só em casos extraordinários se justifica a supressão de direitos fundamentais em prol de mero instrumento. Os magistrados devem, portanto, evitar se ater aos requisitos do Código de Processo Penal, analisando outros fatores de maior importância e respeitando os direitos fundamentais dos investigados e acusados.

ROSA, Alexandre Morais da; RUDOLFO, Fernanda Mambrini. O abismo entre a lei e o direito na era do processo penal cautelares e da antecipação de penas. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANDRADE, Lédio Rosa de. **Direito penal diferenciado**. Florianópolis: Conceito, 2009.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Reforma do Código de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARBONELL, Miguel. **El neoconstitucionalismo en su laberinto**. *In: Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Org. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2007.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. Belo Horizonte: Impetus, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo**. *In: IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional*. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2010.

_____. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Trad. Raúl Sanz Burgos e José Luiz Muñoz de Baena Simón. Madrid: Trotta, 2006.

HUTCHINSON, Allan C. **Laughing at the Gods**. New York: Cambridge University Press, 2012.

KARAM, Maria Lúcia. **A esquerda punitiva**. *In: Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 79-92, 1996.

LOPES Jr., Aury. **Processo penal, tempo e risco: quando a urgência atropela as garantias**. *In: Processo penal: leituras constitucionais*. Org. Gilson Bonato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da; RUDOLFO, Fernanda Mambrini. O abismo entre a lei e o direito na era do processo penal cautelar e da antecipação de penas. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

_____. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** v. 2.

Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito.** The brazilian lessons. Rio de

Janeiro: Lumen Juris, 2010.

POLASTRI, Marcellus. **Manual de processo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris,

2010.

SANCHIS, Luis Prieto. **Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial.** *In:*

(Neo)constitucionalismos. Org. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil.** Ley, derechos, justicia. Madrid:

Trotta, 2011.